

CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA

JOSÉ ROBERTO DROMI
Professor de Direito Administrativo
da Universidade de Mendoza

1. Caracterização e finalidade

A contratação administrativa municipal tem natureza de ferramenta jurídica à semelhança das formas jurídicas administrativas, a empresa pública e o procedimento administrativo.

A contratação pública não é um fim em si mesma, é um instrumento processual do qual se necessita para utilizar meios, **visando ao bem público**, a ser atingido pelo Município.

Dizemos **ferramenta processual** porque não tem um fim em si, nem a contratação, nem a licitação. Não são um fim do Estado, mas, sim, precauções processuais às quais se recorre na busca de colaboração, na procura de um contratante que preste um serviço ou execute uma obra pública. O Estado não pode fazer tudo e tem que recorrer à ação indireta de "uniones vecinales" (1), contratados, concessionários, consórcios, câmaras de comércio e indústria, cooperativas de serviço público, etc.

O contrato se caracteriza por essa **bilateralidade** entre o Estado e o terceiro que há de prestar um serviço ou executar obra de interesse público. Essa é a finalidade. Por isso, quando pensamos no contrato, não podemos perder de vista esta perspectiva que orienta toda a contratação administrativa.

Este tema, como outros, pode ser enfocado desde a perspectiva triáxica de **existência, norma e valor**. Sempre temos o que "é", o que "**pode ser**", o que "**deve ser**" e o que "**queremos que seja**". O enfoque desde estas quatro perspectivas, ser, dever ser, poder ser e querer ser, permite-nos um amplo dimensionamento jurídico axiológico, valorativo e político dos instrumentos que o Direito oferece para o trabalho público.

2. Monismos ou dualismos?

Melhor esclarecendo o que parece um jogo de palavras, no que se refere a contratos, não se trata de uma ferramenta ou instrumento **neutro**. Na contratação pública há um profundo **conteúdo ideológico**, segundo os instrumentos que se utilizem. Porque neste tema, como em tantos outros, existem os antagonismos, ambivalências, antinomias e dualismos. Temos muitas realidades deste tipo, e se

(1) Conforme esclarecimento do autor, a expressão "uniones vecinales" corresponde a entidades públicas não estatais que colaboram com o Município. (Nota do tradutor).

Tradução de "Contratación Administrativa" (Mendoza, agosto 1978), autorizada pelo autor. Tradução de Jorge Arthur Morsch.

nos projetarmos até a História nos defrontamos com "patriotas e realistas", "unitaristas e federalistas", "civilização e barbárie", "Nação e Província", "porto e campo", "metrópole e interior", "portenhos e provincianos", e se nos projetarmos até o plano da **Ciência Geral do Direito**, os dualismos se dão entre "Direito Positivo e Direito Natural", "direito objetivo e subjetivo", "direito de fundo e de forma", "direito público e privado" (Ver MANS PUIGARNAU, Hacia una Ciencia General del Derecho. Meditaciones ante el panorama jurídico, Barcelona, 1970, 3ª ed., Bosch), e, no plano específico da **contratação pública**, o monismo ou a uniformidade de regime jurídico enfrenta os dualismos da heterogeneidade metodológica, colocada entre: 1) contrato administrativo ou ato administrativo bilateral?; 2) contrato administrativo ou privado da administração?; 3) contratos administrativos estatais e/ou não estatais?; 4) contratos administrativos "administração-administração", ou "administração-administrados"?; 5) contratos preparados por procedimentos públicos (por exemplo, licitação pública) ou por procedimentos privados (por exemplo, contratação direta)?; 6) contratos de prerrogativas ou garantias?; 7) contratos administrativos com ou sem conteúdo patrimonial?; 8) contratos administrativos aperfeiçoados pela livre vontade ou por adesão, 9) contratos administrativos de regulação processual uniforme ou diversa, e 10) o contrato administrativo é um fim ou um meio jurídico?

Este decálogo jurídico da contratação pública hierarquiza a colocação formal do tema, embora dilua sua importância substancial, porque todas as interrogações têm o rigor científico que o monismo e a simplificação jurídica impõem no século XX, com vistas à unidade da Ciência do Direito.

Estas antinomias, por fim, vão provocando uma **divisão do unitário**; porém, em certos casos, as colocações formais de distinto enfoque, relativamente às ferramentas jurídicas que utilizamos, como o serrote do carpinteiro, não mudam, da mesma forma que todo o meio, a natureza da madeira, em suma, a substância mesma, objeto do trabalho humano, sobretudo quando essas ferramentas empregadas não são neutras, e estão carregadas de conotações políticas. Por exemplo, em matéria de contratação pública, o procedimento da **licitação pública** condiz com os regimes políticos **liberais**, de abundantes garantias para os administrados, enquanto os procedimentos de **contratação direta** são, em princípio, próprios dos regimes políticos **intervencionistas**.

3. Existe um regime especial para as contratações municipais?

Na legislação local não existe um regime específico para as contratações locais ou municipais, como existe em outros sistemas jurídicos, como no espanhol. Cremos que nem deve existir, pelas seguintes razões: 1) em nosso regime normativo as contratações municipais estão raras, em princípio, pela legislação provincial: as obras públicas, pela Lei 1926; os fornecimentos, compras e serviços, pelo Decreto nº 6061; o emprego público, pelo Decreto-Lei 560/73; o empréstimo, pelas normas constitucionais da Província. 2) Não faz falta criar um sistema autônomo e independente para as contratações municipais. Em muitos Estados de conformação política descentralizada, por exemplo na Espanha, como dissemos, existe uma normação isolada ou específica para as contratações locais que se façam. Não cremos seja conveniente entre nós este sistema, porque nossa realidade é sensivelmente distinta. 3) A uniformidade legislativa, mesmo quando

proporcione um indicio de racionalidade ou unificação e formalismo, não é um sintoma que prive de autêntica autonomia ou independência a nenhum governo municipal; pelo contrário, há municípios cuja autonomia é inquestionável por sua significação política (por exemplo, Rosário, Avellaneda, Bahía Blanca, etc.), que não necessitam para isso de um regime especial de contratações; de outro lado, outros municípios nunca terão dimensão autônoma, nem sequer autárquica, por conotação política própria, embora possam ter seu próprio sistema contratual.

Está presente em nosso país uma **vocação legislativa de unificação** das ferramentas processuais para o Estado; por exemplo, o projeto do CIMOP da lei de obras públicas, para que exista na Argentina um sistema unitário de "obra pública", desde Quilme à Terra do Fogo e desde os Andes ao Prata. Claro está, sempre e quando isto não importe em renúncia à nossa tradição histórica, porque esta atitude racionalista de cunho normativo ou de unificação de sistemas de contratação não pode entorpecer nossa tradição jurídico-política, que estão enraizados no próprio regime constitucional (por exemplo, o art. 37 da Constituição de Mendoza). Especificamente na legislação da Província de Mendoza, os artigos 37, 202, inciso 5º e 7º da Constituição, acordes com a Lei de Contabilidade nº 3799, art. 28, e a Lei 1926, de obras públicas, art. 8º, assinalam o princípio da licitação pública como procedimento-regra em matéria de contratação. Igualmente, a lei orgânica de municípios nº 1079, em seus artigos 73, inciso 9º e 105, inciso 18, regula a competência orgânica em matéria de licitação e contratação pública, estando vigente na atualidade, em razão da emergência institucional, a Lei 4230, da Direção Geral de Assuntos Municipais.

4. O contrato como técnica administrativa de colaboração

A raiz histórica e social das **manifestações contratuais** é inquestionável, tanto no âmbito privado como no público, já que a sociedade, na medida de seu indefectível incremento demográfico e o conseqüente e paralelo crescimento das necessidades coletivas, exige e reclama dia a dia novos serviços públicos, que intensificam o processo da intervenção estatal, seja ela direta (substitutiva) ou diretiva (de fiscalização e orientação), que evidencia o papel preponderante que exerce a administração pública, que, através do tempo, põe de manifesto a ampliação qualitativa e quantitativa de uma estrutura orientada teleologicamente para alcançar a cobertura das necessidades da comunidade, envolvendo sempre e deste modo um propósito de conveniência geral, comum ou pública.

Em conclusão, o contrato é um negócio jurídico de grande importância e utilidade, que cumpre uma função sócio-econômica, tanto na órbita privada como no âmbito público; por isso, o Estado, em suas atribuições, em sua gestão e atividade, não se subtrai à vigência e ao impulso do contrato. Por isso, a afirmação de Otto Mayer, de que o Estado sempre manda unilateralmente, constitui uma hipótese arbitrária que, de maneira alguma, se compadece com a realidade (Forsthoff).

A tarefa administrativa estatal requer a **colaboração voluntária** de particulares e outros entes públicos, seja em forma ampla, por intermédio de um acordo criador, seja em forma limitada, por adesão. Se a colaboração fosse forçada daria lugar ao múnus público ou prestação pessoal obrigatória (Marienhoff).

A administração, ou melhor dito, os órgãos estatais, no exercício da função administrativa, nem sempre procedem por via **unilateral**, mediante atos administrativos, mas, com frequência, chegam a um acordo com os administrados e outros entes jurídicos (públicos, privados, estatais ou não estatais), celebrando atos **bilaterais** ou **plurilaterais**, de natureza muito distinta. Seus múltiplos e complexos fins obrigam o Estado à celebração de numerosos atos jurídicos, solicitando a participação dos particulares e também de outros entes públicos, para fazer mais eficiente sua ação na função administrativa. Esta classe de relações, nascidas de um intercâmbio de consentimentos (livre ou condicionado, segundo os casos), entre o Estado e os particulares, são as técnicas preferentemente utilizadas pela administração, a fim de obter dos administrados a colaboração indispensável para o cumprimento de seus próprios fins (Sayagués Laso).

O contrato é, em suma, uma das **técnicas de colaboração** dos administrados com a administração em matéria de fornecimentos, serviços públicos, obras públicas, etc. Quem contrata com a administração, como assinala Bernard Geny, não é um contratante ordinário, mas um colaborador que coopera com a administração, embora atuando em situações de subordinação econômico-jurídica, com respeito às pessoas públicas estatais (La collaboration des particuliers avec L'Administration, Paris, 1930).

A mesma incidência do interesse público no contrato administrativo faz com que a administração e o co-contratante não sejam considerados somente simples partes que negociam, "mas também colaboradores que se encontram", mesmo quando perseguem propósitos distintos (Flame en RAP, Madrid, 1956, nº 21).

5. Denominação

Não existe harmonia doutrinária nem legislativa quanto à sua denominação, e assim são chamados "contratos administrativos", "contratos do Estado", "contratos públicos", "acordos administrativos", etc. Também se costuma distinguir entre os contratos da Administração e os contratos administrativos. Nós falamos de **contratos administrativos**, da Administração ou **na função administrativa**, acima da polémica desnecessária para individualizar e diferenciar os contratos civis da Administração dos contratos administrativos típicos

6. Conceito

O contrato público, ou o negócio jurídico de Direito Público, é um eficaz instrumento jurídico para o desenvolvimento da ação estatal, na ordem interna e internacional. Ele se estabelece por um **acordo criador** de relações jurídicas, ou, com o simples **consentimento por adesão** do particular a relações previamente estabelecidas pela Administração. Todas as formas de gestão indireta de serviços públicos têm uma base comum no prévio contrato, como técnica jurídica de colaboração que, por excelência, harmoniza esferas de interesses substancialmente diversas, no caso as da Administração e seus co-contratantes.

Conceitualmente, entendemos que o contrato da Administração é "um ato de declaração de vontade comum, produtor de efeitos jurídicos entre um ente em exercício da função administrativa e um particular ou outro ente público, estatal ou não".

A caracterização do contrato da Administração Pública resulta:

a) **Do projeto do contrato.** Isto é, as obras e serviços cuja realização e prestação constituem precisamente os fins da Administração.

b) **Da participação de órgão estatal ou ente público não estatal no exercício da função administrativa.** A presença da Administração como uma das partes contratantes é uma condição indestrutível. Em todo contrato administrativo, uma das partes contratantes é o Estado ou um ente público.

c) **Das prerrogativas especiais da Administração quanto a sua interpretação, modificação e resolução.** Na Lei de Contratos do Estado da Espanha, texto aprovado pelo Decreto 923/65, se dispõe tal tipificação nos artigos 1º e 16.

7. Sujeitos: as partes do contrato.

O contrato da Administração, ou na função administrativa, é um acordo de vontades, no qual uma das partes pelo menos é o Estado, por intermédio de um órgão estatal no exercício da função administrativa, ou outro ente público que recebeu poderes do Estado. Em outros termos, na contratação administrativa, uma das partes, um dos sujeitos da relação jurídica, é sempre a Administração, isto é, um órgão estatal, ou não estatal, atuando em função administrativa (Roehrsen di Cammenata).

São sujeitos dos contratos públicos, de um lado, a Administração, em qualquer de seus graus ou classes, e, do outro lado, os particulares, individual ou coletivamente, ou, também, a Administração mesma.

Em síntese, podem ser sujeitos da contratação administrativa:

- a) as pessoas físicas ou naturais;
- b) as pessoas jurídicas privadas;
- c) as pessoas jurídicas públicas, estatais ou não estatais.

8. O Estado como sujeito do contrato

Portanto, podem ser sujeitos dos contratos da Administração o Estado Nacional, as províncias, os municípios, entidades autárquicas, empresas do Estado, corporações públicas, consórcios públicos, juntas vicinais públicas, mancomunidades municipais, etc. Em todos os casos, os princípios aplicáveis são os mesmos, as regras são análogas, seja o ente público interveniente o Estado, as províncias, municípios, etc.; as soluções somente variam em seus aspectos regulamentares.

Conforme já assinalamos, entre os órgãos competentes para celebrar contratos da Administração encontram-se os órgãos executivo, legislativo e judiciário; porém, estes dois últimos só enquanto exercem, no caso, a função administrativa.

O órgão executivo é competente e está autorizado a celebrar contratos na medida em que tem a seu cargo a administração geral do País (artigos 86, inciso 1º e 13, da Constituição Nacional). O órgão legislativo é competente por expressa

disposição constitucional para contrair empréstimos (artigos 4º e 67, inciso 3º da Constituição Nacional); na outorga de concessões temporárias de privilégios, para os fins que prevê o art. 67, inciso 16, *in fine*, da Constituição Nacional, e para a designação de certos agentes no contrato de emprego público.

O órgão judicial também pode celebrar contratos no exercício da função administrativa (por aplicação do art. 99 da Constituição Nacional).

No seu caso, os contratos celebrados pelo órgão legislativo podem, de alguma forma, ser complementados pelo órgão executivo, emitindo o pertinente decreto executor da lei (art. 86, inciso 2º, da Constituição Nacional) quando a celebração do contrato for acordada por lei.

9. Procedimento, pré-contrato e contrato da Administração

O procedimento de formação da vontade administrativa contratual (pré-contratual) não se confunde com o contrato, que é resultado do encontro daquela com a vontade do co-contratante (pessoa física ou jurídica, privada ou pública, estatal ou não-estatal). O vínculo contratual somente nasce quando se enlaçam a vontade do Estado e a do co-contratante, pelo procedimento legal previsto para o caso.

Devemos distinguir, por isso, um **procedimento pré-contratual**, prévio ao contrato, de formação ou preparação do contrato, e um **procedimento contratual**, ou de execução.

Os atos, fatos, regulamentos e simples atos da Administração, ditados ou executados na preparação da vontade administrativa contratual, se incorporam unitariamente, embora de maneira separável, num procedimento administrativo de conformação da vontade estatal contratual. Por isso, as regras e princípios que regem a intervenção dos interessados na "preparação e impugnação" da vontade administrativa (procedimento administrativo regido na órbita nacional pela lei 19.549 e decretos 1.759/72, 9.101/72 e 1.744/73 e na órbita provincial pela Lei 3.909) são também aplicáveis à atividade administrativa pré-contratual (de preparação da vontade) e contratual propriamente dita (de execução da vontade).

10. Pré-contrato da Administração

Todo contrato da Administração exige um período preparatório, pois, por ser exteriorização da atividade humana, forçosamente responde a diversos aspectos dela: ideação, deliberação, decisão, formalização, execução, etc. Porém, não é a esta fase interna, necessariamente individual, que se alude ao falar da atividade preparatória do contrato (Jaime Briz, *La contratación privada*, Madrid, 1966, cap. IV).

O pré-contrato, ou período preliminar ao contrato, além das meras tratativas prévias – ou os "*pourparlers*" como os chama a doutrina francesa –, supõe uma comunicação recíproca entre os futuros contratantes, exteriorizada por manifestações volitivas das partes que antecipam um contrato por vir, que, embora não

possam ainda qualificar-se de vontades contratuais, como apresentação e recepção de oferta, recusa de oferta, retirada de oferta, exclusão de ofertante, etc. – as quais veremos mais adiante, ao estudar as diversas fases da licitação pública –, engendram um vínculo jurídico obrigacional com todas as conseqüências que, predicativamente, ele implica (Orgaz., 11-t 75, p. 230 – Spota JA. 58-109-421 e JA 46-975).

As tratativas prévias não criam, por si sós, nenhuma vinculação jurídica enquanto não se estabelecer uma comunicação recíproca de vontades a nível pré-contratual, mediante alguns dos atos separáveis referidos. Estes, como alternativa prévia ao contrato, geram uma relação jurídica, um vínculo regulado pelo direito, com efeitos jurídicos recíprocos implicados nos direitos e deveres de cada parte. Por exemplo, os gastos e "interesses negativos" que se originem a partir de uma ruptura intempestiva, ou arbitrária separação da negociação. Esta é a questão da denominada **culpa in contrahendo**, ou seja, a regulação das responsabilidades derivadas das tratativas prévias ao contrato, seja este celebrado, ou não.

Estas tratativas preliminares já não são indiferentes para o direito; criam uma "vinculação jurídica especial", que origina direitos e deveres anteriores ao contrato, pré-contratualmente, e não confundíveis com os direitos e deveres derivados do contrato. Seria, sem dúvida, arbitrário, sobretudo, para uma concepção do contrato que ponha em relevo sua função social, reconhecer que uma das partes tenha um direito ilimitado a retirar sua oferta, ou, que o Estado licitante revogue, por razões de oportunidade, um chamado à licitação depois que o ofertante suportou todos os gastos gerados pela apresentação de uma proposta, ou deixe sem efeito um concurso de ante-projetos quando os terceiros concursantes tenham concluído o trabalho, etc. Cremos que não se pode negar força vinculante à atividade pré-contratual.

O pré-contrato privado, além de ter sido recebido pela legislação, teve uma ampla acolhida jurisprudencial, sobretudo em matéria de locação de obras (Spota-JA t 46. p. 975). Por isso, cremos que não se pode duvidar de sua incorporação definitiva à problemática do Direito Público e, em particular, do Direito Administrativo, muito especialmente no que se refere a contratos de obras públicas, pois este contrato da Administração é, em substância, um tipo de locação de obra. "O conceito de locação de obra é uma noção jurídica da teoria geral do direito, e não é privativa do Direito Civil, ainda que seja este quem a tenha estudado mais".

Em nosso direito positivo, tanto o Regulamento de Contratações do Estado (Dec. 5.720/72, art. 61, – incs. 45, 61, 64, 80, 81) como a Lei de Obras Públicas (13.064, art. 2º) regulamentaram a responsabilidade pré-contratual do ofertante, ao sancionar a retirada da oferta ou a sua não-manutenção pelo termo legal, ou fixado regulamentarmente nas escrituras, com a perda da garantia de oferta e com a suspensão nos Registros de Fornecedores ou de Construtores. Nada obsta juridicamente a que o Estado responda do mesmo modo, quando o contrato não se aperfeiçoa por causas que lhe são imputáveis.

A contratação administrativa implica sempre, ou quase sempre, um **pactum praeparatorium, pactum de contrahendo**, "contrato preliminar", "pré-contrato", ou

"Vorvertrag", como dizem os alemães. O caráter vinculante das relações prévias que se estabelecem resulta: 1) das prestações públicas que estão em jogo; 2) da dogmática jurídica concreta, em nosso caso, a Lei de Obras Públicas e o Regulamento de Contratações do Estado; 3) da inegável separabilidade dos atos e fatos que se ditam e executam no procedimento prévio ao contrato; 4) da possibilidade processual de impugnar até jurisdicionalmente ditos atos separáveis; 5) da obrigação do ofertante de manter a sua oferta; 6) da circunstância de que, uma vez apresentada a oferta, não se pede ao ofertante um novo consentimento para aperfeiçoar o contrato principal; 7) do princípio da estabilidade do ato administrativo, pois, toda vez que a irrevogabilidade dos atos administrativos é a regra (art. 18 da Lei 19.549), dito caráter também vige para os atos administrativos prévios ou preparatórios do contrato, e sua revogação, por razões de oportunidade, mérito ou conveniência, é indenizável (art. 18, no fim, da Lei 19.549, e art. 84, do Dec. 1759/72); 8) do unânime critério doutrinário e jurisprudencial em reconhecer aos ofertantes o "direito subjetivo" de participar do procedimento e de que seja considerada sua oferta.

11. Conotações políticas dos procedimentos de contratação

O procedimento administrativo de contratação, na medida em que é parte do procedimento administrativo geral, e, portanto, integra o Direito Administrativo, como todos os demais temas que o compõem (ato administrativo, responsabilidade do Estado, direitos dos administrados, prerrogativas da Administração, domínio público, etc.), não se subtrai à problemática política; pelo contrário, os princípios jurídicos e de poder do regime político o informam e determinam.

O fator ideológico do regime político (liberal, socialista, intervencionista, de economia dirigida, democrático, comunista, etc.) é o que, em última instância, determina a estrutura política e administrativa do Estado e a coexistência, equilíbrio ou oposição entre indivíduo e Estado, Liberdade, Autoridade, Direito e Poder, Garantias e Prerrogativas, interesse do administrado e interesse da Administração. (Verdú. *Introducción al Derecho Politico*. Barcelona, 1958).

Em conseqüência, segundo seja a forma em que se conjuguem as relações entre a liberdade (ou autoridade dos administrados) e a autoridade (ou a liberdade da Administração), teremos, se prevalece a primeira, um procedimento de contratação rígido ou semi-rígido, como ocorre no Estado liberal, onde a licitação pública é princípio geral em matéria de procedimento de contratação. Pelo contrário, se prevalecer a autoridade própria dos Estados intervencionistas ou de economia dirigida, os procedimentos de contratação serão mais elásticos, flexíveis ou livres, toda a vez que interessa ao Estado a livre eleição de seus co-contratantes, e a lei há de ser mais indiferente com respeito à regulação rigorosa e limitativa das competências e atribuições dos órgãos do poder (Quanquard, *L'Adjudication des Marchés Publies*, Madrid, 1945).

Estas conotações políticas dos procedimentos de contratação, expostas em abstrato, são uma resultante necessária dos distintos regimes políticos; porém, é claro, somente indicam um modelo geral, pois, na realidade jurídica e política nunca ocorrem com a pureza teórica com que as expomos. Em outros termos, como todos os Estados adotam um regime político mais ou menos liberal, ou mais ou menos

intervencionista, porém muito poucas vezes são absolutamente liberais ou totalmente intervencionistas, devemos concluir que, no direito positivo dos diversos Estados, tampouco encontraremos a regra da licitação pública como procedimento absoluto de contratação, mesmo nos Estados mais liberais; e, inversamente, que a livre eleição tenha também suas limitações lógicas nos Estados de economia dirigida.

12. Vejamos, em uma análise jurídica exaustiva, as notas integrativas do conceito e que conformam sua especificidade como tipo ou técnica procedimental de contratação.

a) **É um procedimento administrativo.** A licitação pública, como já dissemos, é um dos procedimentos de formação do contrato, uma das formas de contratação ou de procedimentos de seleção de contratantes. Juntamente com a licitação privada, o concurso, a contratação direta e a arrematação pública, integra os "procedimentos administrativos especiais de contratação" (Cianflone, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milán, 1957).

Ditos procedimentos administrativos especiais, referentes à contratação administrativa, são parte do procedimento administrativo geral, e entre eles existe uma vinculação jurídica de especialidade. Por isso vigem, nos procedimentos administrativos especiais, os princípios jurídicos imperantes no procedimento administrativo geral, como vimos no capítulo anterior.

A licitação pública não é um ato, como erroneamente entende parte da doutrina, mas um conjunto de atos; um procedimento integrado, em suma, por atos e fatos da Administração e atos e fatos do ofertante, todos eles concorrendo para formar a vontade contratual.

A licitação não é, tampouco, o contrato, nem vice-versa. O contrato surge com a licitação, ou, melhor dito, sua celebração pode ter lugar por licitação, porém não é a licitação mesma. Por fim, a licitação não é um contrato, mas pela licitação podem celebrar-se contratos de todas as classes: vendas, arrendamentos, fornecimentos, obras públicas, concessões, etc.

A licitação se relaciona com a formação dos contratos. Assim como as tratativas privadas, não é senão uma preliminar do contrato, destinada a fixar quem é o contratante. É um período que precede processualmente o contrato.

A licitação pública é um procedimento administrativo preparatório da vontade contratual. Essa é a sua natureza jurídica.

b) **Preparatório da vontade contratual.** Esta nota jurídica comum a todos os procedimentos de contratação é a que lhe dá especificidade relativamente ao procedimento administrativo de contratação, é a parte do procedimento administrativo que versa as regras e princípios jurídicos que regem a preparação e execução da vontade contratual.

c) **Pelo qual um ente público no exercício da função administrativa.** O licitante ou ente que utiliza o procedimento da licitação pública pode ser um ente público ou

privado (2). Porém, nós excluimos os entes ou sujeitos de Direito Privado, porque eles não exercem função administrativa, e, além disso, no caso de utilizar o procedimento licitatório, este se acha regido predominantemente pelo Direito Privado.

Por isso, o licitante é sempre um ente público. Este ente público pode ser estatal ou não-estatal; o que interessa é que, no caso, exerça função administrativa.

Para isso, como entes públicos estatais, podem utilizar o procedimento licitatório para contratar, o Estado Nacional, as províncias, os municípios, comunidades e entes intermunicipais, consórcios públicos estatais, entes autárquicos, empresas do Estado, sociedades do Estado, corporações, entes interprovinciais, etc.

Se o licitante é um ente público estatal da Administração centralizada, como a Nação e as províncias, o procedimento pode ser utilizado por qualquer de seus órgãos (executivo, legislativo ou judiciário), enquanto exerçam função administrativa.

Também podem utilizar o procedimento licitatório público os entes públicos não estatais ou "corporações públicas não estatais", que exercem potestade pública ou prerrogativas de poder público, por exemplo, corporações profissionais, colégios profissionais, associações dirigidas, universidades privadas, etc.

d) **Convite aos interessados.** O convite aos interessados, ofertantes, "eventuais adjudicatários ou co-contratantes" se traduz em um ato concreto de chamamento à licitação, emitido pelo órgão competente do ente público estatal ou não estatal de que se trate.

O convite é um pedido de ofertas, uma *invitatio ad offerendum*, que deve ser anunciado na forma determinada pelo direito positivo, por via da publicação como instrumento técnico para promover a concorrência (Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, São Paulo, 1973).

Esta precaução ou etapa processual da licitação pública lhe dá especificidade com respeito aos outros procedimentos de contratação, em particular relativamente à contratação direta e à licitação privada. Quanto ao concurso, o convite oferece características análogas às da licitação pública.

e) **Para que, sujeitando-se às bases fixadas no edital de condições.** O edital, como conjunto de disposições redigidas unilateralmente pelo licitante, é o que regula o trâmite, mecanismo e modalidade do procedimento de preparação e execução ulterior do contrato. Em suas cláusulas gerais e especiais se particulariza o objeto, obra ou serviço que se licita, as condições da contratação, sua preparação e a ulterior execução.

(2) Note-se que o autor utiliza a expressão "licitante" unicamente para referir-se ao ente que promove a licitação, ou seja, o Estado (Administração), ou outro ente público, enquanto na doutrina pátria esta expressão é utilizada para designar os proponentes ou ofertantes (Nota do tradutor).

O edital de condições, também chamado **cahier des charges** (Montmerle), *capitolati d'oneri* (Roherssen), programa del concurso (Caetano), integrada, juntamente com o Regulamento de Contratações do Estado, a Lei de Obras Públicas e a Lei de Contabilidade o corpo jurídico normativo regulador do procedimento da licitação pública.

Os ofertantes devem ajustar suas propostas ao edital, sob pena de serem declaradas "inadmissíveis" (L.O.P. 13064, art. 18).

f) **Formulem propostas.** Como conseqüência do chamamento à licitação, os interessados, "proponentes, ofertantes, licitadores", apresentarão suas ofertas ou propostas. Para ser licitador é necessário cumprir condições subjetivas, como a inscrição nos registros especiais, salvo os casos de exceção autorizados pelo ordenamento jurídico, para o efeito de assim provar a idoneidade jurídica, financeira e técnica para contratar. Por isso, também se chama a esta fase processual "habilitação dos licitadores" (Dallari), "qualificação dos ofertantes" (Roherssen), ou "condições subjetivas dos proponentes".

Também devem constituir uma garantia de oferta ou "garantia pré-contratual" de manutenção da proposta.

A apresentação das propostas ou preço oferecido pode fazer-se de forma escrita ou verbal, embora nosso direito positivo só preveja a forma escrita, com as formalidades externas e internas requeridas pelas normas regulamentares e o edital de condições aplicáveis ao caso.

Assim, por exemplo, o art. 73 do Regulamento da Lei da Contabilidade da Itália distingue várias classes de hasta pública, segundo o modo de oferta: 1) mediante "extinción de vela virgen" (candela vergine) (3); 2) por oferta secreta confrontada depois com o preço máximo ou mínimo pré-estabelecido ou indicado em uma cédula ou boletim secreto da Administração; 3) por oferta secreta confrontada depois com o preço base indicado na publicação (no aviso de hasta); 4) na forma de chamado público e aberto.

g) **Dentre as quais o licitante selecionará e aceitará a mais conveniente.** O licitante elege ou seleciona, dentre as propostas formuladas, a mais conveniente. Isto se traduz por uma atividade de conteúdo jurídico administrativo, que reveste forma de simples ato da Administração (adjudicação prévia) e de ato administrativo (adjudicação).

13. Licitação privada.

A licitação privada é o procedimento de contratação no qual intervêm, como ofertantes, as pessoas ou entidades expressamente convidadas pelo Estado. É um convite ou pedido de ofertas dirigido pelo Estado a empresas ou pessoas determinadas discricionariamente para cada caso.

(3) A expressão italiana, sem tradução, no esclarecimento do autor, refere-se ao "sebo o rolo de cera" virgem ou novo, até que se consuma ou extinga (Nota do tradutor).

Costuma-se denominá-la, também, "licitação fechada", "licitação restrita" ou "concurso limitado", por oposição à licitação pública, aberta ou concurso ilimitado. Na França, a licitação pública se denomina **adjudication ouverte** e a privada **adjudication restreinte**; na Alemanha é chamada respectivamente **Oeffentliche Ausschreibung** e **Beschraenkte Ausschreibung**.

De acordo com a extensão e alcance do chamamento à licitação, ou "convite a formular ofertas de contrato", as licitações se classificam em públicas (ou abertas), quando se dirigem indeterminadamente a todos os possíveis proponentes, e privadas (ou restritas), quando feitas a pessoas determinadas "4".

"De forma que, enquanto na licitação pública a afluência de proponentes é ilimitada, na licitação privada dita afluência é limitada. Além disso, na licitação pública a apresentação de ofertantes obedece a um "chamamento público objetivo" efetuado pela Administração Pública, enquanto na licitação privada dita apresentação ou comparecimento responde a um convite pessoal direto formulado pela Administração Pública. Em suma, na licitação pública podem ser ofertantes todas as pessoas que se ajustam às condições regulamentares; enquanto na licitação privada os participantes são previamente qualificados e chamados por "uma carta convite".

14. Contratação direta

A contratação direta é o procedimento pelo qual o Estado elege diretamente o co-contratante, sem concorrência, lance, ou oposição de ofertantes nos casos previstos pelo art. 9º da Lei de Obras Públicas, e 56 da Lei de Contabilidade.

A denominação deste procedimento varia. Embora em nosso direito (art. 9º, da Lei 13.064; art. 56, inc. 3º, da Lei de Contabilidade 23.354/56, e art. 62, inc. 10 do Regulamento de Contratação do Estado) se chame "contratação direta", a doutrina fala também de "pacto privado" e "ajuste direto".

Na legislação espanhola também se emprega a denominação "contratação direta"; na França se chama "**marché de gré a gré**"; na Itália "**trattativa privata**", e em Portugal "ajuste directo" ou "directo".

15. Arrematação pública

A arrematação pública, embora seja um procedimento de contratação que se desenvolveu preferentemente no âmbito privado, também se utiliza como técnica contratual administrativa.

Consiste na compra e venda de bens em público, sem limitação de concorrência e ao melhor lance. A adjudicação se faz no mesmo ato, em público, com prévia publicidade de chamamento, ante uma concorrência indiscriminada, com ou sem estimativa e em favor da oferta de preço mais elevado.

(4) Tendo em vista a diferença de terminologia utilizada no sistema argentino e no brasileiro, importa salientar-se que, na classificação feita pelo autor, a chamada licitação pública ("licitación pública") equivale a nossa modalidade de licitação denominada concorrência, enquanto a licitação privada ("licitación privada") assemelha-se a nossa tomada de preços (Nota do tradutor).

Do ponto de vista técnico-jurídico, arrematação é sinônimo de hasta pública, embora, às vezes, não sejam identificados e se fale da arrematação como lance dentro do procedimento da hasta pública, diferenciando-se o todo – hasta pública – de uma de suas partes – arrematação –, porém, esta distinção não tem acolhida dentro de nosso direito.

No direito público, a denominação é bastante imprecisa. Assim, a Lei de Contabilidade distingue adequadamente arrematação pública de licitação pública (artigos 55 e 56, incisos 2º e 3º, ap. b); e o Regulamento de Contratações do Estado emprega os termos arrematação pública e hasta pública como sinônimos (art. 61, inciso 51). De sua parte, a Lei de Obras Públicas 13.064, embora utilize os termos arrematação pública e hasta pública como sinônimos, comete o erro de assimilar ambos à licitação pública (art. 4º, 9º, 11, 16 e 17).

16. Concurso

É um procedimento de seleção do co-contratante por oposição e em razão da maior capacidade técnica, científica, cultural ou artística entre os apresentantes ou intervenientes. Embora o concurso tenha o substrato comum da licitação pública e dos demais procedimentos de contratação, difere deles em que a oposição emergente da concorrência não tem em vista as condições de ordem técnico-econômico-financeiras, mas as condições de ordem técnico-pessoal.

Em outros termos, é um meio de seleção da pessoa mais idônea para executar uma prestação pública, de modo que se tenha em conta preferentemente as condições pessoais do candidato. Por exemplo, para prover um cargo de professor universitário, para realizar uma maquete de um monumento, projeto, esboço ou rascunho de obra, etc., e sua aplicação primordial seja aos contratos **intuitu personae**, em que as qualidades técnico-subjetivas servem de mérito para a seleção.

Conseqüentemente, como foi dito, assinalamos que a expressão "concurso de preços", de freqüente uso na prática administrativa, é imprópria e, longe de referir-se a uma categoria jurídica específica, envolve caracteres da licitação e do concurso, formando uma mistura sem recepção normativa nem fundamento científico. Diz-se "concurso de preços" para o efeito de assinalar que os convocados para o procedimento devem indicar o preço da obra, objeto ou serviço solicitado pelo Estado. E que é justamente o preço o elemento variável e determinante da oposição.

17. A licitação no Direito público provincial e municipal

a) **A licitação como procedimento-regra.** Como regra geral, todas as constituições locais estabelecem a fórmula: "Toda alienação de bens fiscais, compras e demais contratos suscetíveis de licitação se farão precisamente ou de modo indefectível de forma e de modo público" (Conforme Constituições das províncias do Chaco, art. 63; Chubut, art. 73; La Pampa, art. 35; Misiones, art. 70; Rio Negro, art. 63; Jujuy, art. 38; Santa Cruz, art. 41; Santiago del Estero, art. 32; Cordoba, art. 32; Corrientes, art. 22; Catamarca, art. 55; Entre Rios, arts. 56 e 57; La Rioja, art. 13; Mendoza, art. 37; San Luis, art. 13; Santa Fé, arts. 19 e 34; Tucumán, art. 10;

Buenos Aires, art. 206; incisos 6º e 8º, e art. 209; Formosa, art. 43, no fim). Só por exceção, as Constituições das Províncias de San Juan e Salta omitem pronunciamento constitucional sobre a exigibilidade do procedimento licitatório na contratação administrativa, restando essa exigência, em consequência, como matéria legislativa ordinária.

b) **Contratos que compreende.** As mesmas assinalaram o procedimento da licitação pública como **princípio geral** para todos os contratos "susceptíveis" de dito procedimento, compreendendo assim os contratos de obra pública, fornecimento, concessão de serviço público, locação, etc.

c) **Exceções.** Indicam, ademais, que a **lei ou ordenança**, em seu caso, estabelecerão as exceções a este princípio. Desta forma, o constituinte habilita o legislador a assinalar as exceções à licitação pública, o que em verdade serviu para inverter o princípio por via das numerosas exceções regulamentadas de maneira geral nas leis de obras públicas e de contabilidade, e de maneira particular, por exceção especial, disposta pela Legislatura, em casos concretos ou singulares.

d) **Nulidades.** Em consequência do princípio assinalado, os constituintes incursionam na **teoria das nulidades administrativas** ao indicar que "os contratos se farão precisamente dessa forma - isto é, por licitação - e de modo público, sob pena de nulidade" (Conforme art. 37, da Constituição de Mendoza; art. 56 da Constituição de Entre Rios, etc.).

e) **Licitadores: incompatibilidade dos agentes públicos.** Algumas prevêem também, com hierarquia constitucional, as **incompatibilidades dos agentes estatais** para intervir como ofertante. É o caso, por exemplo, da Constituição do Chaco, que, no art. 63, parte final, diz: "Os empregados e funcionários a soldo do Estado não poderão intervir como ofertantes, procuradores dos mesmos, ou intermediários, nas licitações públicas, sob pena de nulidade".

f) **A licitação no regime municipal.** A exigência do procedimento da licitação pública está contida nas constituições não só para as contratações que o Estado provincial faça, mas, também, para as que efetuem os Municípios e as Corporações Municipais (Conforme Constituições de Chubut, art. 209, letras i e j; Misiones, art. 171, incisos 7º e 10º; Neuquén, art. 204, letras e e f, 207 e 224; Rio Negro, art. 174, letra e; Santiago del Estero, art. 156 bis, inciso 9º; Buenos Aires, arts. 206, incisos 6º e 8º, e 209; Corrientes, art. 163, inciso 5º, letra b; Catamarca, art. 217, incisos 6º e 7º; Entre Rios, art. 234, inciso 13, letra i; La Rioja, art. 144; Mendoza, art. 202, incisos 5º e 7º, etc.)

g) **Responsabilidade dos agentes públicos por omissão indevida da licitação.** Prevêem, também, a **responsabilidade administrativa, civil, política e, inclusive, penal** dos funcionários intervenientes pela **indevida omissão de procedimento** nas contratações nas quais assim o exige a constituição ou a lei, ao assinalar que a nulidade do contrato, por omissão da licitação pública, "se dá sem prejuízo da responsabilidade por defraudação, se houver" (Conforme art. 37 da Constituição de Mendoza; art. 41 da de Santa Cruz); ou "sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do funcionário que as efetuar em forma privada, com fraude dos interesses fiscais" (Conforme Constituição de San Luis, art. 13); ou "sem prejuízo

das responsabilidades emergentes" (Conforme Constituição do Chaco, art. 63); ou "da defraudação, se houvesse, e da responsabilidade de todo funcionário que as efetuar em forma privada" (Constituição de Entre Rios, art. 56).

18. Vantagens da Licitação Pública

Na prática administrativa o procedimento da licitação pública oferece uma série de vantagens de ordem técnico-econômica, ética e política, de acordo com o princípio que deve imperar na atividade estatal.

Assim, com relação ao Estado, o procedimento materializa uma ação moralizadora no que se refere a contratações estatais, porquanto, em princípio, evita convívios dolosos e **promova a ação de controle e fiscalização que, sobre a atividade administrativa, exercem os particulares**, licitadores no caso, os quais contam com os remédios processuais idôneos para impugnar o ilegítimo proceder estatal.

Ademais, por este procedimento, a Administração tem maiores possibilidades de acerto quanto ao **cumprimento e execução do contrato, qualidade da prestação**, maior capacidade técnica e financeira dos co-contratantes, etc.

Por outro lado, oferece conveniências econômicas, dadas a concorrência e oposição entre ofertantes, que competem para obter a adjudicação e para oferecer o preço mais vantajoso para o licitante. Neste sentido, **Mó** assinalou as finalidades da licitação por um enfoque sistemático, compreendendo três aspectos: de ordem moral, econômica e seletiva, tal como o referimos precedentemente.

Com relação aos administrados, o procedimento constitui uma garantia para os interessados em contratar com o Estado e outros entes públicos, que, sobre a base do princípio de concorrência e igualdade, e evitando tratamentos preferenciais, pode fazer real e efetiva a colaboração dos particulares (Bercaitz).

19. Inconvenientes da Licitação Pública

No que se refere às dificuldades do procedimento licitatório, podem assinalar-se as seguintes: 1) Nem sempre se consegue o preço mais baixo, pois pode produzir-se uma alta das cotações ao conhecer-se as urgentes necessidades da Administração; 2) A eventual lentidão dos trâmites resulta prejudicial ao interesse público, toda vez que a Administração perde "ofertas de ocasião" sumamente vantajosas, que se podem aceitar em razão de que não é possível satisfazer a prontidão que o proponente costuma solicitar, devido à execução burocrática do procedimento.

Como assinala Sayagués Laso, mesmo quando o procedimento das licitações esteja bem regulamentado, podem efetuar-se adjudicações indevidas, pois a imoralidade pode dobrar as fórmulas técnicas de retidão impostas pelo ordenamento jurídico ao proceder administrativo; assim, por exemplo, uma licitação aparentemente correta pode encobrir e simular um flagrante desvio de poder, pois os editais de condições podem ter sido redigidos de tal maneira que somente a pessoa a quem se queira favorecer fique em condições de apresentar ofertas admissíveis.

De qualquer maneira, o saldo favorável do instituto fica provado pela circunstância de sua aceitação em todas as legislações e em todos os tempos, sem que requeira uma normação flexível, adaptável às distintas atividades do Estado e que diminua no possível os inconvenientes assinalados.

20. Exceções

a) **Caráter facultativo.** As exceções ao procedimento licitatório, pelos quais se permite a licitação privada e a contratação direta como técnicas de aperfeiçoamento contratual, revestem caráter facultativo, de modo que o ente público licitante pode, sem embargo, recorrer à licitação pública, sempre, é claro, que o objeto e a natureza da contratação o permitirem.

b) **Motivação.** Na legislação específica vigente em matéria de obras públicas, não se exige o cuidado pelo qual a autoridade pública deva justificar a procedência da exceção. Dita omissão não nega as óbvias vantagens que oferece a motivação ou fundamentação tático-jurídica do ato administrativo que justifica, em cada caso, a procedência da exceção e a viabilidade dos procedimentos da licitação privada ou contratação direta, o que, ademais, é obrigatório pela aplicação da legislação supletiva (Lei 3.909 de Procedimentos Administrativos).

Este cuidado previsto pela Lei 19.549, art. 7º, inciso e, a respeito da motivação do ato administrativo como requisito essencial e causal de nulidade, segundo os artigos 14 e 15 do mesmo texto legal, está contemplado expressamente e de modo específico, com bom critério, pelos Projetos Nacionais de Lei de Obras Públicas de 1971 (art. 12) e de 1970 do CIMOP (art. 12).

No que diz respeito às contratações regidas pela Lei de Contabilidade, o Regulamento de Contratações (decreto 5.720/72, art. 56, inc. 5º) exige que se ponderem fundadamente, pela autoridade competente que as invoque, as razões que permitam enquadrar as contratações nos procedimentos de exceção.

c) **Exceções expressas e de interpretação restritiva.** Dado que no direito público os contratos estão sujeitos a limitações fundadas em princípios essenciais, sempre de interesse público, por exemplo, moralidade e conveniência administrativa, a licitação é, a este respeito, uma instituição típica de garantia desse interesse público.

Fundado, assim, o requisito da licitação em elementares razões de ética administrativa e de seleção de preços através da competição pública, **as exceções a tal princípio devem ser interpretadas em forma estrita**, atendendo ao fundamento com que foram acordadas. (P.T.N., Dictámenes 77-675).

Em suma, depois de a ordem jurídica declarar a obrigatoriedade da licitação pública, para as contratações administrativas, a seu teor estrito, o cumprimento dessas formalidades assume caráter ineludível. Somente pode prescindir-se de dita forma procedimental nos **casos enumerados taxativamente** pela Lei.

Essa é a solução que corresponde em nosso direito positivo, mais ainda se se considerar que a mesma legislação limita o alcance das exceções ao dizer: "ficam

excetuadas... as obras compreendidas nos seguintes casos..." (art. 9º, da Lei 13.064), ou, "não obstante o estabelecido no artigo anterior, poderá contratar-se em licitação privada... em arrematação pública... diretamente" (art. 56, incisos 1º, 2º e 3º da Lei nº 23.354/56), e nenhuma cláusula legal habilita a que as exceções sejam outras do que as ali compreendidas.

21. Urgência

Tanto a Lei de Obras Públicas como a de Contabilidade autorizam a contratar diretamente por razões de urgência.

O surgimento da hipótese legal exige alguns pressupostos essenciais. Nem toda urgência admite a exceção procedimental (Dromi, E.D. 54 - 803).

Vejamos nesse sentido os pressupostos legais da urgência para a admissibilidade da exceção. A urgência deve ser assim:

a) **Concreta.** A urgência deve ser especial, particular, para um caso determinado, e real. A esse respeito, a Procuradoria do Tesouro da Nação determinou: "Não se trata de uma urgência **abstrata, geral, comum**, mas, ao contrário, diz respeito a todas as obras de grande magnitude vinculadas a objetivos de interesse nacional. A necessidade deve ser concreta e imediata". (P.T.N., Dictámenes 89-260).

b) **Imediata.** A necessidade pública invocada deve ser atual, **prásente, impostergável ou improrrogável**. Excluem-se, portanto, as "urgências de futuro", ou seja aquelas que exigem de modo mediato em vista do bem-estar geral. A Procuradoria do Tesouro Nacional expressou-se assim: "A necessidade deve ser concreta e imediata e de tal natureza que não possa satisfazer-se em tempo oportuno senão por via da contratação direta, pois a demora normal de um chamado à licitação provocaria maiores danos ao interesse público do que aquele que ocasione a omissão de um requisito exigido por razões de conveniência e moralidade administrativas, em cujo resguardo se acha também esse mesmo interesse público". (Dictámenes 89-267).

c) **Imprevista.** A urgência ou emergência deve ser "imprevisível". Em nosso direito positivo diferem a Lei de Obras Públicas e a Lei de Contabilidade quanto à exigência da "imprevisibilidade" como sustentação da urgência permissiva da exceção à licitação pública. Enquanto a primeira só exige que exista "urgência reconhecida" ou "circunstâncias imprevistas" (Lei nº 13.064, art. 10, inciso c), a Lei de Contabilidade dispõe especificamente que ela se deva "a circunstâncias imprevistas" (Decreto-lei 23.354/56, inciso 3º, ap. d.).

d) **Provada.** A urgência é uma questão de fato, concreta, que deve ser examinada em particular pela autoridade competente, devidamente acreditada e fundada nos pertinentes estudos técnicos.

Assim, nos pareceres de nosso mais alto órgão da Administração consultiva, se diz que "a urgência, invocada como razão de exceção ao procedimento de licitação pública, para ser provada requer **estudos técnicos objetivos prévios e sérios que a qualifiquem como certa**", acrescentando, em outros ditames, que não só deve haver estudos técnicos que acreditem a urgência, mas que ela deve

ademais estar corroborada pela própria conduta da Administração Pública ao celebrar o contrato: "não basta, para usar de um procedimento de exceção ao regime geral das licitações, qualificar uma compra de urgente, mas devem tomar-se ademais todas as medidas eficientes para efetuar-la com urgência".

e) **Objetiva.** A emergência justificativa da exceção deve ser de uma necessidade pública, de uma exigência estatal, e não de seus funcionários. A respeito, a Procuradoria do Tesouro preceitua: "De modo algum pode a determinação da mesma ficar entregue ao critério **subjetivo** do funcionário cuja apreciação exclusivamente pessoal poderia desvirtuar o sentido da norma" (77-265).

Por sua parte, a jurisprudência, acorde, assinala que "a **urgência** prevista como exceção para prescindir da licitação **se refere ao Estado mesmo**, cuja vida não tem solução de continuidade, e não às **pessoas** que transitariamente exercem o governo". (LL 32-228; Iglesias F c/Municipalidad Capital).

22. Adicionais.

Os trabalhos adicionais ou complementares de uma obra em curso de execução também podem ser contratados diretamente. Esta exceção nosso ordenamento jurídico somente prevê para os contratos de obras públicas (Lei 13.064, art. 9º, inciso b), não assim para os contratos de fornecimento, locação e outros, regulados pela Lei de Contabilidade e seu regulamento.

Os pressupostos fáticos e jurídicos requeridos pela viabilidade da exceção são os seguintes:

a) Que se trate de **trabalhos** adicionais, isto é, complementares e acessórios de uma obra pública, qualquer que tenha sido o procedimento pelo qual ela foi contratada. A Lei não faz nenhuma distinção a respeito.

b) Que esses trabalhos acessórios resultem **indispensáveis**, ou sejam necessários para a obra pública principal. Isto é uma questão de fato, que deve ser provada e motivada com informes técnicos idôneos.

c) Que a **obra pública principal esteja em curso de execução**. Esta exigência da Lei de Obras Públicas foi mantida nos três projetos ulteriores de 1969, 1970 e 1971. Por ela se exige que a obra **tenha sido iniciada, não tenha sido concluída e não esteja paralisada**; isto é, se não iniciou a execução da obra, ou se foi concluída totalmente sua execução, ou se, executada parcialmente, ela está paralisada e não tem continuidade de maneira definitiva ou transitória, estas circunstâncias fáticas não autorizam a exceção para recorrer à contratação direta de seus trabalhos adicionais.

d) **Que os trabalhos não tenham sido previstos no projeto**. Isto é, exige-se a imprevisibilidade dos complementos da obra principal no momento da aprovação do projeto. E, no caso de terem sido previsíveis no projeto, que **não tenham podido incluir-se no contrato** por circunstâncias de fato ou de direito. Um exemplo desta última seria quando já se tivesse chamado à licitação, apresentando-se as ofertas

em virtude do edital de condições preparado para as obras principais unicamente; e um exemplo de circunstância de fato que impediu sua inclusão no contrato pode ser o caso de uma obra pública contratada diretamente por razão de urgência, cujos complementos o tempo não permitira considerar no momento de contratação principal.

e) **Que o custo dos trabalhos adicionais não exceda do limite percentual acumulativo** fixado na escala legal, relativamente ao custo original da obra contratada.